

5 jaar Arbitragewet 2015 én andere ontwikkelingen in het afgelopen lustrum

TvA 2020/1

1. Inleiding

Vijf jaren zijn verschenen sinds de Arbitragewet 2015 in werking trad. Tijd om de werking van de wet in de praktijk te evalueren onder het motto *the proof of the pudding is in the eating*? Dat is gemakkelijker gezegd dan gedaan. Grootschalig empirisch onderzoek ontbreekt en is ook nagenoeg niet uit te voeren voor de zo pluriforme wereld van de particuliere, grotendeels vertrouwelijke geschilbeslechting. Bovendien kunnen nog slechts vijf jaren geëvalueerd worden, niet veel voor een nieuwe (arbitrage)wet, zeker niet nu deze op grond van overgangsrecht grofweg alleen geldt voor sinds 1 januari 2015 aanhangig gemaakte arbitrages en daarop betrekking hebbende procedures voor de overheidsrechter. Ten slotte valt te bedenken dat de evaluatie primair betrekking moet hebben op de nova in deze wet ten opzichte van de Arbitragewet 1986. Iets valt er toch wel over te zeggen (nr. 2).

Zeker zo interessant zijn de ontwikkelingen op het terrein van de arbitrage die zich afgezien van de nieuwe wet voorgedaan hebben en het lijkt goed om daar ook enige aandacht aan te besteden in dit redactioneel, zij het noodzakelijkerwijs *broad-brush* (nr. 3 gevolgd door een *cliffhanger* in nr. 4).

2. Enige evaluatie van de Arbitragewet 2015

Vlak voordat de voorbereiding van de Arbitragewet 2015 begon en ook daarna werd wel gezegd dat zijn voorganger, de Arbitragewet 1986, het goed deed. Niet zo vreemd, in aanmerking nemende dat ook aan die nog niet zo oude wet een heel zorgvuldig voorbereidingsproces voorafging met zeer substantiële inbreng van arbitrage-experts (zoals destijds de belangrijkste auctor intellectualis prof. Piet Sanders). Toch werd een nieuwe wet geambieerd, die reeds in 2005 voorafgegaan werd door een voorontwerp. Waarom? De memorie van toelichting geeft als redenen (enigszins maar niet fundamenteel afwijkend van de redenen vermeld in het voorontwerp): de behoefte aan innovatie en de behoefte aan verbetering van de Nederlandse concurrentiepositie.² Daarmee zijn de meest essentiële drijfveren in beeld gebracht.

Die innovatie is volgens de memorie van toelichting gericht op het wegnemen van 'bepaalde belemmeringen voor het gebruik van arbitrage'. Hoe dan? Door de arbitrageprocedure waar mogelijk te vereenvoudigen en financieel te verlichten, door de overheidsrechter selectiever in te zetten en door ruimere mogelijkheden voor partijen te creëren om

zelf afwijkende afspraken voor hun arbitrageprocedure te maken.³

De belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de Arbitragewet 1986 laten zich aldus verklaren. Ik zet de maatregelen van de wetgever in 2015 nog eens⁴ op een rijtje:

- a. Vastlegging van best practices zoals een regeling voor de descente (art. 1042a Rv) en het provisioneel tussenvonnis (art. 1043b lid 1 Rv).
- b. Terugdringing van belemmeringen voor arbitrage tegen publiekrechtelijke, met name buitenlandse rechtspersonen (art. 10:167 BW; zie ook art. 10:166 BW, dat een ipr-voorziening bevat voor de materiële geldigheid van overeenkomsten tot arbitrage).
- c. Voorziening in behandeling van wraking door een ander dan de overheidsrechter – een 'derde', in de regel een arbitrage-instituut – indien partijen dat overeengekomen zijn (art. 1035 Rv).
- d. Voorziening in samenvoeging (*consolidation*) door een ander dan de overheidsrechter – al weer een 'derde', in de regel een arbitrage-instituut – indien partijen daarvoor kiezen in plaats van samenvoeging door de overheidsrechter (art. 1046 lid 1 Rv).
- e. Introductie van mogelijkheden voor het scheidsgerecht om een bevoegdheid te delegeren aan de voorzitter (art. 1037 lid 3, art. 1039 lid 2 en art. 1057 lid 1 Rv).
- f. Toekenning van vrijheid ten aanzien van de bewijslastverdeling (art. 1039 lid 1 Rv).
- g. Introductie van de (semi-)kortsluiting bij voorlopige voorzieningen: de mogelijkheid dat het scheidsgerecht op verzoek van partijen in plaats van een eerder verzochte voorlopige voorziening dadelijk een uitspraak ten gronde doet (de 'kortsluiting' van art. 1043b lid 5 Rv); de mogelijkheid dat het scheidsgerecht op verzoek van partijen een getroffen voorlopige voorziening omzet in een uitspraak ten gronde (de 'omzetting', ook wel 'semi-kortsluiting' van art. 1043b lid 6 Rv).
- h. Invoering van een algemene bepaling die strekt tot rechtsverwerking voor het geval een partij, kort gezegd, niet binnen een redelijke termijn bezwaar maakt tegen onjuist optreden van het scheidsgerecht (art. 1048a Rv).
- i. Afschaffing van de plicht tot motivering van arbitrale vonnissen voor het geval 'nadat de arbitrage aanhangig is gemaakt, de partijen schriftelijk overeenkomen dat geen gronden voor de beslissing worden gegeven' (art. 1057 lid 5 sub c Rv).
- j. Reducering van de verplichting arbitrale vonnissen te deponeren bij de rechtbank tot een opt-in (art. 1058 Rv) gecombineerd met afwijkende termijnen voor onder

1 Henk Snijders is honorair hoogleraar Burgerlijk (proces)recht te Leiden, law@hjsnijders.com / www.hjsnijders.com. Dank zegt hij aan zijn PA Gerhard Poolman voor diens documentatie en redactionele ondersteuning.

2 Kamerstukken II 2012/13, 33611, 3, p. 1 e.v.

3 MvT t.a.p., zoals samengevat in G.J. Meijer & H.J. Snijders, *Arbitragerecht op de scheidslijn van oud naar nieuw?*, Den Haag: BJU 2015, nr. 2.

4 Vgl. eerder en veel uitvoeriger G.J. Meijer & H.J. Snijders, *Arbitragerecht op de scheidslijn van oud naar nieuw?*, Den Haag: BJU 2015, waarbij hieronder regelmatig wordt aangesloten zonder herhaalde bronvermelding.

meer de instelling van een vernietigingsprocedure indien van die opt-in geen gebruik is gemaakt (zie bijv. art. 1064a lid 2 Rv).

- k. Afstemming en gelijkschakeling van de gronden voor weigering van een exequatur en vernietiging van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis (art. 1063 Rv respectievelijk art. 1065 en 1068 Rv).
- l. Beperking van exequaturprocedures voor buitenlandse arbitrale vonnissen (art. 1076 lid 6 Rv) en vernietigingsprocedures tot één feitelijke instantie (art. 1064a lid 1 Rv).
- m. Uitsluiting van cassatie in vernietigingsprocedures indien partijen, niet zijnde consumenten, dat overeenkomen (art. 1064a lid 5 Rv).
- n. Voorziening in terugverwijzing (*remission*) naar arbiters in plaats van vernietiging van hun vonnis (art. 1065a Rv).
- o. Afschaffing van de regel dat in geval van vernietiging van een arbitraal vonnis de bevoegdheid van de overheidsrechter herleeft, tenzij partijen anders overeenkomen (art. 1067 Rv).
- p. Voorziening voor elektronisch arbitrerende (art. 1072b Rv).
- q. Plaatsing van het arbitraal beding in algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten op de zogenoemde zwarte lijst (art. 6:236, aanhef en sub n BW).

Deze voorzieningen zijn alle na lang wikken en wegen tot stand gekomen, soms na (forse) tegenstand van een deel der arbitrage-experts. Omgekeerd zijn diverse voorzieningen niet in de wet terechtgekomen, ondanks warme pleidooien daarvoor. Het is nu niet mijn bedoeling om het nog steeds niet uitgekristalliseerde debat in beeld te brengen en op deze plaats te hervatten, laat staan 'na te pleiten'. Het gaat mij er nu wel om zo veel mogelijk in beeld te brengen wat de doorgevoerde aanpassingen in de praktijk teweeg hebben gebracht.

De nova a (codificatie best practices) en p (e-arbitrage) hebben ongetwijfeld enige invloed gehad op de arbitragepraktijk in die zin dat er meer gebruik van wordt gemaakt. Onbekend maakt onbemind en de Arbitragewet 2015 heeft voor een deel van de practici uiteraard ook een informatieve functie gehad ten opzichte van de bestaande mogelijkheden. Al dan niet onder invloed van de nieuwe wet werkt de communicatie in menige ad hoc arbitrage en bij menig arbitrage-instituut waaronder het NAI inmiddels dan ook in beginsel digitaal (zie bijv. art. 3 NAI AR 2015), ook al willen arbiters de processtukken vaak ook nog wel graag in een bundel – bij voorkeur in A5-formaat! – ontvangen.⁵

Diverse arbitrage-instituten hebben gebruik gemaakt van de nova c (wraking) en d (samenvoeging) door te voorzien in institutionele behandeling van verzoeken ter zake.⁶ Bij het NAI hebben beide nova hun intrede gedaan. In de periode 2015-2017 zijn er bij het NAI vier wrakingsverzoeken ingediend waarvan er twee zijn ingetrokken, één ongegrond is bevonden en de resterende gegrond (en dat betrof dan nog

de wraking van een partijarbiters).⁷ In dezelfde periode is één samenvoegingsverzoek gedaan en is dit ook ingewilligd.⁸ Dat zijn geen imponerende getallen. Daarmee is niets slechts of goeds over deze nova gezegd. Dat deze instrumenten niet zoveel worden toegepast, lijkt wel een pluspunt, het gaat om incidenten die de arbitrageprocedure fors kunnen compliceren.

Van novum e (delegatiemogelijkheden) wordt naar het zich laat aanzien regelmatig gebruik gemaakt voor zover het gaat om processuele beslissingen van ondergeschikte betekenis (art. 1057 lid 1 Rv). Gaat het om verhoren van getuigen of deskundigen of om een descende, dan gebeurt dat naar het zich laat aanzien nauwelijks.⁹ Overigens werden die processuele beslissingen van ondergeschikte betekenis ook onder de Arbitragewet 1986 wel gedelegeerd afgedaan. Daar waar de penvoerder niet de voorzitter is, ligt het in de rede dat deze ook die beslissingen van ondergeschikte betekenis mag nemen indien de andere arbiters daarmee instemmen. Aldus gebeurde het onder de Arbitragewet 1986 en gebeurt het nog steeds wel. Bij arbitrage met partijbenoemde arbiters ligt dat anders. Hier komt het niet verstandig voor om één van de co-arbiters als enig penvoerder/beslisser te laten optreden tenzij niet alleen de andere arbiters maar ook de partijen daar allen zonder meer mee instemmen.

Van toepassing van novum g (de (semi-)kortsluiting is, hoe nuttig die ook kan zijn, nog niet gebleken.

Novum h (de algemene rechtsverwerkingsbepaling) is zowel door arbiters als door overheidsrechters al meermalen toegepast.¹⁰

Ondanks novum i (de optie van een ongemotiveerd arbitraal vonnis) is er in de praktijk, voor zover mij bekend, nog geen ongemotiveerd arbitraal vonnis geweest.

Novum j (afschaffing van depotverplichting behoudens opt-in) lijkt vooralsnog niet problematisch te zijn gebleken, ook niet voor het ingangstijdstip van termijnen bij gebreke van een depot. Wellicht is het echter nog te vroeg om hier een oordeel 'ten principale' over uit te spreken. Mij is wel bekend dat arbitrale vonnissen ondanks de afwezigheid van een verplichting daartoe nog wel eens gedeponereerd worden. Omgekeerd herinner ik mij van de praktijk onder de Arbitragewet 1986 dat arbitrale vonnissen met toestemming van alle partijen menigmaal niet gedeponereerd werden. Zijn partijen onder de Arbitragewet 2015 een depotverplichting overeengekomen dan kunnen zij daar bij nader inzien toch afstand van doen. Het is duidelijk dat de gedeel-

⁵ Vgl. F.D. von Hombracht-Brinkman, TvA 2018/46, sub 2.

⁶ Zie bijv. art. 19 resp. 39 NAI AR 2015.

⁷ Von Hombracht t.a.p., sub 7. In 2018-2019 werden drie wrakingsverzoeken ingediend, die geen van alle werden gehonoreerd, aldus mr. Charlotte van Maanen, h.t. administrateur bij het NAI. Bij de overheidsrechter zijn wrakings van arbiters overigens ook uitzonderlijk als men de resultaten op www.rechtspraak.nl daarvoor althans indicatief mag achten.

⁸ Von Hombracht-Brinkman t.a.p., sub 8. In 2018-2019 werden vijf samenvoegingsverzoeken gedaan: twee zaken werden samengevoegd, in twee andere zaken werd het verzoek afgewezen en een vijfde zaak werd geschikt, aldus andermaal Charlotte van Maanen.

⁹ Aldus voor het NAI Von Hombracht-Brinkman t.a.p., sub 4.

¹⁰ Zie bijv.: Hof Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2639, r.o. 3.14, TvA 2019/10; Hof Den Haag 21 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1132, r.o. 3.14; Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2500, r.o. 5.6; Hof Amsterdam 19 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4121, r.o. 4.2 en 4.3.

telijke afschaffing van de depotverplichting partijen in de praktijk kosten moet hebben bespaard, niet alleen griffiekosten maar ook kosten van de deponerende personen.

Novum n (terugverwijzing), dat collega De Ly de uitspraak ontlokte dat hij bij de verdeling van onderwerpen voor lezingen over de (aanstaande) Arbitragewet 2015 weer eens een grotendeels theoretisch relevant punt te bespreken kreeg, heeft toch reeds een aantal keren de gepubliceerde rechtspraak bereikt en ook tot terugverwijzingen geleid.¹¹

Het effect van andere nova spreekt voor zichzelf.

Is nu de concurrentiepositie van Nederland door de Arbitragewet 2015 verbeterd in die zin dat wij meer arbitrages in Nederland te behandelen krijgen? Alweer een vraag die zonder diepgaand empirisch onderzoek slechts heel voorzichtig valt te beantwoorden en ook een vraag die nu na zo korte tijd nog niet met zekerheid valt te beantwoorden. Feit is dat volgens de *2018 International Arbitration Survey: the Evolution of International Arbitration*¹² Londen, Parijs, Singapore, Hongkong en Genève de vijf meest geprefereerde plaatsen voor arbitrages blijven. Ten aanzien van de vijf meest geprefereerde arbitrage-instituten blijft het beeld nagenoeg hetzelfde: LCIA, ICC, SIAC, HKIAC en SCC. Wat maakt een plaats van arbitrage nu zo populair afgezien ervan dat er ongetwijfeld ook een zekere connectie zal bestaan tussen de keuze van een instituut en de (in de regel) voor dat instituut geldende plaats van arbitrage juncto het daar toepasselijke arbitragerecht. De QM-onderzoekers zeggen daar het volgende over:¹³

'We asked respondents to indicate the four most important reasons why they prefer given seats, and to rank those reasons in order of importance.

"General reputation and recognition of the seat" was the top reason (14%), closely followed by "neutrality and impartiality of the local legal system" (13%), "national arbitration law" (12%) and "track record in enforcing agreements to arbitrate and arbitral awards" (11%).

The last three reasons can be summed up in what we previously called the "formal legal structure" at the seat. These three reasons suggest that, by looking at the systemic legal traits of a seat, arbitration users will prefer a certain seat if the local legal apparatus provides them with sufficient assurances that they will be treated neutrally and impartially by its courts and that their recourse to arbitration will be unhindered. These factors could perhaps be said to complement notions of general reputation and recognition of the seat: it could be argued that a seat is deemed to enjoy a good reputation when it is largely known for actively promoting the underpinning values of the other three factors.'

Met de algemene reputatie en erkenning van Nederland als plaats van arbitrage was en is niets mis. Qua neutraliteit en onpartijdigheid van arbiters en overheidsrechters scoort Nederland ongetwijfeld ook hoog. Ons nationale arbitrage-recht kan wellicht nog iets buitenland-vriendelijker worden, maar *UNCITRAL Model Law oriented* als het is, moet het toch goed kunnen concurreren met het buitenland, nu nog beter dan onder de Arbitragewet 1986 (ik kom daar dadelijk op terug). In de uitvoering van arbitrageovereenkomsten en arbitrale vonnissen schoot en schiet Nederland ongetwijfeld niet tekort, al hebben zich in ons land enkele spraakmakende vernietigingen van arbitrale vonnissen voorgedaan die misschien bij sommigen in het buitenland wellicht wat angst hebben ingeboezemd. Erg waarschijnlijk lijkt mij dat laatste niet: de uitzondering bevestigt de regel en van spraakmakende vernietigingen onder de Arbitragewet 2015 is al helemaal nog niet gebleken. Onder de Arbitragewet 1986 gold reeds dat de overheidsrechter zich terughoudend opstelde als vernietigingsrechter, onder de nieuwe wet is dat nog meer het geval of is dat althans nog ruimer gecodificeerd (vgl. art. 1065 Rv (oud) en (nieuw)).

Zelf denk ik dat dikwijls een plaats van arbitrage wordt gekozen in het land dat ook het toepasselijke materiële recht 'levert' (voor zover het althans om *common law* gaat), dat bovendien vaak een der contractpartijen *leading* is bij die keuze en dat dit dikwijls niet een met Nederland verbonden partij is. Verder lijkt de traditie een belangrijke rol te spelen. De QM-onderzoekers vermelden in dit verband het volgende:

'This outcome should not be surprising in light of the fact that these perceptions have been previously observed in the 2010 survey and subsequently confirmed in the 2015 study as well. It can therefore be inferred that respondents consistently attach a certain degree of durability to these core features that seem to determine the user preference for certain seats.

Indeed, this consistency in the findings confirms that a seat's reputation and recognition are not built overnight and are thus unlikely to suffer major shifts in user perception over a short period of time. Furthermore, neutrality and impartiality of the local legal system, as well as the national legislative and judicial approach to arbitration seem to reflect an equally intrinsic, and therefore stable, nature that users look for and evaluate when selecting a seat.'

Nog een andere benadering kan ontleend worden aan dit onderzoek van Queen Mary. Wat zijn de meest waardevolle en wat de slechtste kenmerken van arbitrage volgens de respondenten?¹⁴ Uitvoerbaarheid van de arbitrale vonnissen en het kunnen vermijden van bepaalde nationale systemen en gerechten sprongen eruit als voordelen, daarna flexibiliteit, de mogelijkheid voor partijen om zelf hun arbiters te kiezen respectievelijk vertrouwelijkheid en privacy. Op de eerste twee punten scoorde en scoort Nederland even goed

11 Wie zoekt in databases als www.rechtspraak.nl en *legal intelligence* kan dit dadelijk beamen. Zie bijv.: Hof Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2639, Tva 2019/10; Hof Amsterdam 27 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4323, Tva 2019/14; Hof Den Haag 21 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1132; Hof Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2677.

12 www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018.

13 T.a.p., p. 10-11.

14 T.a.p., p. 7-8.

als Engeland, Frankrijk, Singapore, Hongkong en Zwitserland (om maar even de landen te noemen waarin de vijf meest favoriete plaatsen van arbitrage gelegen zijn). Ten aanzien van de flexibiliteit doen wij het zeker sinds de Arbitragewet 2015, die veel meer partijautonomie, regelend recht en maatwerk mogelijk maakt dan zijn voorganger, evenmin slecht. Partijen kunnen ook bij ons hun eigen arbiters kiezen. Het NAI voorziet sinds 2015 zelfs bij wijze van *default option* in het systeem van partijbenoemde arbiters, al wordt de aan de *American Arbitration Association* ontleende lijstprocedure ook nog dikwijls geprefereerd en toegepast.¹⁵ Op het punt van de vertrouwelijkheid en privacy kan nog steeds gesteld worden dat arbitrage naar ongeschreven recht in beginsel vertrouwelijk is en de privacy dan ook in beginsel beschermd wordt. Gezegd moet wel worden dat Nederland een kans heeft gemist door vertrouwelijkheid niet met zoveel woorden in de wet te regelen. Een vertrouwelijkheidsbepaling als art. 6 NAI AR 2015 was nuttig en informatief geweest om elke onduidelijkheid ter zake weg te nemen. De Minister van Justitie en Veiligheid heeft gelukkig ter gelegenheid van de behandeling van het wetsvoorstel dat leidde tot de Arbitragewet 2015 wel die duidelijkheid geboden, maar plaatsing in de wettekst was nog praktischer geweest. Ik had echter beloofd niet na te pleiten en doe dat dan ook niet. De analyse van de grootste nadelen leverde geen nuttige indicaties op pro of contra Nederland als arbitrageland in vergelijking met de andere vijf genoemde landen. Het als grootste nadeel genoemde punt – hoge kosten – pleit in het algemeen eerder voor arbitrage in Nederland dan voor één van de genoemde vijf landen. Eerlijk gezegd denk ik niet dat wetswijzigingen Nederland op korte of middellange termijn interessanter zouden kunnen maken voor internationale arbitrage. Meer zie ik eenvoudigweg in bescheiden maar intensieve reclame voor ons arbitragerecht en Nederland als plaats van arbitrage. Met name het NAI kan hierin een belangrijke rol spelen en speelt die ook in toenemende mate (zo is het NAI inmiddels toegelaten als *observer* bij de *UNCITRAL Working Group Arbitration and Mediation / Dispute Resolution*, en laat het niet na bij allerlei gelegenheden bedrijven en andere contractanten te wijzen op de voordelen van NI-arbitrage waaronder NAI-arbitrage). Ook in geschrifte mogen wij ons eigen arbitragerecht best als positief aanprijzen.¹⁶ Uiteindelijk zullen die contractanten dan wel dienen te voorzien in arbitrage in Nederland met (dus) Nederland als juridieke plaats van arbitrage en ook waar mogelijk (deels) Nederlandse arbiters. Intussen zijn er al weer vermeldenswaardige voorstellen gedaan voor een volgende wetswijziging en dat gebeurde *au fond* reeds toen de inkt van de Arbitragewet 2015 nog niet eens gedroogd was, zoals ik sub 2 al aanstipte.¹⁷ Verwacht

kan worden dat bij het 'Symposium 5 jaar nieuwe arbitragewet', dat op 26 maart 2020 plaatsvindt in *The Hague Hearing Centre*, ook weer tal van suggesties voor wijziging gedaan zullen worden, gezien het aangekondigde programma voor dit evenement. Afgezien van wat bescheiden aanpassingen op basis van een luide roep van arbitrage-experts en de evidente behoefte daaraan in de arbitragepraktijk¹⁸ zou ik echter menen dat we de Arbitragewet 2015 eerst de tijd dienen te geven om te wortelen. Enige stabiliteit ten aanzien van het arbitragerecht in een bepaald land kan ook een reden vormen om voor dat land te kiezen, temeer daar een wijziging van de arbitragewetgeving van toepassing pleegt te zijn voor alle arbitrages aanhangig gemaakt vanaf de invoeringsdatum, ook indien zij hun grondslag vinden in voordien aangegane arbitrageovereenkomsten. Als gezegd moet ook niet gedacht worden dat wetswijzigingen een panacee vormen voor de internationale concurrentie. Ik herhaal nog maar eens dat niemand minder dan Marcel Storme naar aanleiding van de Belgische wetswijziging van 1998 schreef dat België voortaan kon gelden als een *paradise for arbitration*, maar dat dit effect nooit bewaarheid is geworden,¹⁹ laat staan dat die wetswijziging geleid zou hebben tot arbitrale volksverhuizingen naar onze zuiderburen.

3. Andere ontwikkelingen

Veel interessanter is het mijns inziens om ten slotte kort te bezien wat arbitrage ons in Nederland als arbitrageland zoal de afgelopen vijf jaar heeft gebracht afgezien van de werking van de Arbitragewet 2015. De impact daarvan is, samengevat, bepaald niet gering, ook al kan ik daar in dit redactioneel nauwelijks aandacht aan besteden. Ik stip een aantal ontwikkelingen aan.

Problematisch bleek de e-arbitrage bij *e-Court* te zijn. Het leek zo mooi, een in beginsel geheel elektronisch en met name daardoor zeer goedkoop functionerend scheidsrecht voor kleine consumentengeschillen. Waar het aan schortte, dat was van fundamentele aard en daarom ernstig. Ook bij online arbitrage dienen de fundamentele beginselen van arbitragerecht, zoals die van onpartijdigheid en onafhankelijkheid, hoor en wederhoor, royaal gerespecteerd te worden, zonder dat men vervalt in (wat internationaal wel bekend staat als) *due process paranoia*. Op dit punt functioneerde *e-Court* problematisch. *E-Court* lijkt nu stil te liggen in afwachting van de honorering van een verzoek tot een prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.²⁰ Daarmee is niets slechts gezegd over e-arbitrage. Wel het signaal dat bij de opzet en keuze van institutionele e-arbitrage serieus rekening dient te worden gehouden met die fundamentele beginselen. Van belang is ook bij consumentenarbitrage dat

15 Von Hombracht-Brinkman t.a.p., sub 3.

16 Vgl. voor Duitsland bijv. Jan K. Schaefer, *b-Arbitra* 2019/2, p. 451 e.v.

17 Vgl. bijv. de uitvoerige overzichten van mogelijke (niet doorgegangene) wetswijzigingen in G.J. Meijer & H.J. Snijders, *Arbitragerecht op de scheidslijn van oud naar nieuw?*, Den Haag: BJU 2015, nr. 7-12 en nr. 5.4-5 en – recenter – Niek Peters, *TcR* 2018, p. 101 e.v. Zie voor specifieke wensen daarnaast bijv. F.J.M. De Ly, *TvA* 2013/38, sub 3 voor de verdediging van een dualistisch stelsel, dat voorziet in een afzonderlijke wettelijke regeling van de internationale arbitrage alsmede bijv. B. van Zelst & T.P. ten Brink, *TvA* 2019/2 voor een wettelijke regeling van de collectieve arbitrageactie.

18 Zie bijv. het voorstel van Van Zelst en Ten Brink t.a.p.

19 Zie M. Storme, 'Belgium: A Paradise for International Commercial Arbitration', *International Business Lawyer* 1986, p. 294-295, waarin met name de destijds ingevoerde uitsluiting van vernietiging van arbitrale vonnissen in internationale arbitrages als speerpunt werd gepresenteerd, waarover bijv. M.W. Knigge, *TvA* 2017/20, sub 4.

20 Zie over *e-Court* nader bijv. H.W. Wefers Bettink, in: *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI*, o.r.v. C.J.M. Klaassen e.a., Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 486 e.v.

men zich realiseert te maken te hebben met een arbitrage-clausule die oneerlijk kan zijn in de zin van Richtlijn 93/13 en onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236, aanhef en sub n BW. Arbiters en overheidsrechters dienen daar uit eigen beweging (*sua sponte* respectievelijk ambtshalve) naar te kijken, wil een hierop gebaseerd arbitraal vonnis executabel en niet vernietigbaar zijn.²¹ Arbitrale bedingen in consumentenovereenkomsten zijn niet voor niets met steun van de arbitragegemeenschap via de Arbitragewet 2015 op de zwarte lijst van art. 6:236 BW gezet, voor zover zij de wederpartij van de gebruiker niet een termijn gunnen 'van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen'. Arbitrage kan aldus nog steeds en zelfs beter dan voor 2015 fungeren als optimaal geschilbeslechtingsmechanisme in consumentengeschillen.

Een domper voor de arbitrage vormde wel het arrest *Slovaakse republiek/Achmea*, waarbij arbitrage op basis van intra-EU-investeringsverdragen (intra-EU-Bits), grof gezegd, in de ban werd gedaan.²² Toch laat dit arrest bij nader inzien nog veel ruimte over voor dit type arbitrage, dat met name ook voor Nederlandse investeerders van groot belang is, ook met het oog op de concurrentie van investeerders buiten de EU.²³

Royaal arbitrage respecterend en waarderend is daarentegen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Mutu & Pechstein/Zwitserland*, dit althans voor vrijwillige arbitrage (de arbitrage in de zin van onze arbitragewetgeving).²⁴ Ik kan het niet nalaten enkele belangrijke passages daaruit te citeren. Eerst een vrijwillige arbitrage ondersteunende passage (r.o. 94), waarbij het gaat om de fundamentele betekenis van het *right to access of a court*, zoals gegarandeerd door art. 6 EVRM:

'This access to a court is not necessarily to be understood as access to a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country; thus, the 'tribunal' may be a body set up to determine a limited number of specific issues, provided always that it offers the appropriate guarantees (see *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 July 1986, § 201, Series A no. 102). Article 6 does not therefore preclude the establishment of arbitral tribunals in order to settle certain pecuniary disputes between individu-

als (see *Suda v. Czech Republic*, no. 1643/06, § 48, 28 October 2010). Arbitration clauses, which have undeniable advantages for the individual concerned as well as for the administration of justice, do not in principle offend against the Convention (see *Tabbane v. Switzerland* (dec.), no. 41069/12, § 25, 1 March 2016).'

Ik voeg daar wel een caveat aan toe door ook r.o. 95 te citeren:

'In addition, a distinction must be drawn between voluntary arbitration and compulsory arbitration. If arbitration is compulsory, in the sense of being required by law, the parties have no option but to refer their dispute to an arbitral tribunal, which must afford the safeguards secured by Article 6 § 1 of the Convention (see *Suda*, cited above, § 49).'

Zelfs voor 'compulsory arbitration' (r.o. 172), acht het Hof het niet steeds nodig dat de zaak publiekelijk wordt behandeld, maar kan het ook zijn dat een behandeling in camera volstaat (r.o. 176-177). Al met al kan het arrest a fortiori ook beschouwd worden als een steun in de rug voor de vertrouwelijkheid van de arbitrage volgens de Arbitragewet, een vorm van vrijwillige arbitrage (anders dan de CAS-arbitrage in de aan het Hof voorgelegde zaak).

Ook op het niveau van onze eigen Hoge Raad valt melding te maken van interessante ontwikkelingen. Ik laat die nu rusten, onder verwijzing naar de signalementen en annotaties in onder meer ons eigen blad.

Qua regelgeving kan allereerst gewezen worden op het nieuwe project van UNCITRAL, dat gewijd is aan *expedited proceedings* en zo langzamerhand in een vergevorderd stadium is gekomen.²⁵ De wereldwijde aandacht voor verbetering van snelheid en efficiëntie (vgl. bijv. ook de huidige ICC *Arbitration Rules*) wordt nu ook op VN-niveau getoond. Eenzelfde drijfveer ligt ten grondslag aan de zogenoemde *Prague Rules*.²⁶ Gezegd mag worden dat het Nederlandse arbitragerecht, zoals dat in de Nederlandse arbitragepraktijk wordt beoefend, bij wijze van spreken 'van nature' al veel te bieden heeft in de richting van expedited proceedings, een praktijk die door dit soort instrumenten alleen maar ondersteund wordt.

Ten aanzien van de arbitrage-instituten en -reglementen valt er ook veel nieuws te melden over de afgelopen vijf jaar. Natuurlijk zijn vele arbitragereglementen, waaronder dat van het NAI en van de Raad van Arbitrage voor de Bouw ter gelegenheid van de invoering van de Arbitragewet aangepast. Bovendien heeft Nederland er een veelbelovend arbitrage-instituut bij gekregen: CAFA: *Court of Arbitration for Art*, een *joint venture* van ons NAI met Authentication in Art.²⁷ Verder heeft TAMARA een gedaantewisseling onder-

21 Vgl. recent HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, TBR 2019/177, m.nt. C.M.D.S. Pavillon.

22 HvJ EU 6 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:158, NJ 2019/353, m.nt. H.J. Snijders, AA 2018, p. 732, m.nt. A.S. Hartkamp, *Ondernemingsrecht* 2018/89, m.nt. B.J. Drijber, *NtEr* 2018, p. 98, m.nt. E. De Brabandere, *JOR* 2018/141, m.nt. T.A.G. Bens, *SEW* 2018/142, m.nt. K.P. Olsthoorn, *CML Rev.* 2019, p. 157, m.nt. Cristina Contartese & Mads Andenas (*Slovaakse republiek/Achmea*), waarover bijv. Berend Jan Drijber, *NJB* 2019/473 en M.C. van Leyenhorst, *TvA* 2019/65.

23 Zoals o.m. uit analyse van bovenstaande annotaties en commentaren kan worden afgeleid.

24 EHRM 2 oktober 2018, 40575/10 en 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, *EHRM* 2019/43, m.nt. D.A.G. van Toor (*Mutu & Pechstein/Zwitserland*), waarover bijv. Tom Barkhuysen, *NJB* 2018/39, F.J.M. De Ly, *TvA* 2019/24 alsmede M. Jovović & J.P.H. Zwemmer, *Arbeidsrecht* 2019/43.

25 Vgl. de *Working documents* van *Working Group II: Arbitration and Conciliation / Dispute Settlement*, gepubliceerd op www.uncitral.org

26 *Voluit de Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*, waarover bijv. R. Schellaars en F.M.A. Potter, *TvA* 2019/23.

27 Zie www.cafa.world en www.nai-org, ook voor de toepasselijke *arbitration rules*.

gaan; sinds september 2018 gaat deze organisatie door het leven als UNUM en voorziet zij niet alleen in arbitrage maar ook in mediation.²⁸ *Last but not least* meld ik de *launch* in december 2019 van *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, een interessante set van arbitrageregels speciaal voor geschillen over bedrijfsactiviteiten junctis menschenrechten.²⁹

Dit is niet de plaats om feestjes aan te stippen en toch... Ik kan het niet nalaten het NAI te feliciteren met zijn 70-jarig jubileum in 2019. Moge het onder de bezielende leiding van zijn nieuwe directeur en secretaris-generaal Camilla Perera-De Wit gouden tijden tegemoet gaan.³⁰ Dat zij ook de Raad van Arbitrage voor de Bouw toegewenst, die in 2017 nota bene al zijn 110-jarig bestaan vierde. Nog een laatste feestje dat niet onvermeld mag blijven in dit blad: ons Tijdschrift voor Arbitrage viert dit jaar zijn 40-jarig bestaan.

Ten slotte een persoonlijke groet aan nieuwe collegae. Vijf jaar geleden bestond er nog slechts één leerstoel op het terrein van het arbitragerecht in Nederland, bekleed door Gerard Meijer voorheen Albert Jan van den Berg, te Rotterdam. Enkele andere hoogleraren zoals Filip De Ly en schrijver dezes beschouwden en beschouwen arbitragerecht wel als één van hun niches, maar niettemin: in de afgelopen vijf jaar zijn er drie soortgelijke leerstoelen als die te Rotterdam bijgekomen. Bas van Zelst werd benoemd te Maastricht, Jacomijn Van Haersolte-Van Hof in Leiden en Niek Peters te Groningen. Nu heb ik mij door een oud-hoogleraar te Leiden laten vertellen dat het met hoogleraren net zo is als met Sinterklaas: als er veel van zijn, geloof je er niet meer in. Maar toch: bepaald een aanwinst voor Nederland, terechte waardering voor het vakgebied en onderstreping van de betekenis van de arbitrage in en buiten Nederland. Wij hopen nog veel goeds van hen te horen en te lezen.

4. Cliffhanger

Op naar de volgende vijf jaar. Ik voorspel, zoals ik ook mocht doen ter gelegenheid van het 70-jarig jubileum van het NAI, drie trends voor de komende jaren: verdere specialisatie en toch ook integratie van arbitrage-instituten, nadere internationalisering en toch ook meer aandacht voor puur nationale arbitrage, die nog steeds van groot gewicht blijft voor Nederland alsmede nog meer digitalisering en ook automatisering van de arbitrage. Deels is de wens hier de vader van de gedachte, maar ik denk toch er niet ver naast te zitten. *We will see*. Ons Tijdschrift voor Arbitrage blijft de ontwikkelingen volgen en verslaan en soms – zo voeg ik er onbescheiden aan toe ter gelegenheid van ons jubileum – initiëren.

28 www.unum.world.

29 <https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>.

30 Zie voor een verslag van de jubileumbijeenkomst T.P. ten Brink, *TvA* 2019/63.